IESVS, MARIA, Y IOSEPH.

POR DON IVAN DE GVZMAN, MARQVES DE Cardeñosa, renunciatario de Doña Ysabel de Vibanco Marquesa de Villanueua de de Cardeñosa, madre y heredera de el Marques Don Diego de Guzman:

CON

DOÑA FRANCISCA DE CESPEDES, Muger que fue de el dicho Marques difuncto, y oy viuda de el de Valencina.

A Se detenido la determinacion de este pleyto por algunas diligencias de declaraciones y recaudos que despues de visto à presentado el Marques, y assi haze recuerdo, con la breuedad possible, de los tres fundamentos de Derecho que en Estrados se propusieron en su defensa.

Artic. I. De la nullidad de los Autos.

N. 1. MVerto Don Diego de Guzman Marques de Cardeñosa, Doña Francisca de Cespedes su muger executa en sus bienes por 29.qs. de su Dote, y por seis mil ducados de Arras. Estando el pleyto en estado de citacion de remate, pide que se le dê Requisitoria para Lisboa, donde estaua assistiendo a la señora Infanta Capitana General de aquel Reyno, Doña Ysabel de Vibanco madre de el Marques, para que se le notificasse acceptasse, o repudiasse la heren-

cia de su hijo, y aceptando se citasse de remate. Presentòse la Requisitoria en Lisboa, y haziendosela notoria a Doña Ysabel, respondio que la Iusticia Ordinaria de la dicha Ciudad no era su Iuez, sino la Capitana General, que declinaua en forma. No se hizieron mas autos en Lisboa, y debuelta la dicha Requisitoria, se crio Defensor, a quien se citò de remate, y con quien se ha sustanciado el pleyto.

2 La nullidad es notoria, por el mesmo medio q̃ començò a seguir la Marquesa (que fue pedir que la heredera aceptasse, ò repudiasse) que debio proseguir, sin poderle criar Defensor, porque estaua en lugar cierto, y entonces libre de el rebelion que despues sucedio. Y para criar Defensor al absente es necessario que ò aya incertidumbre sobre si es viuo o muerto, o totalmente sea incierto el lugar donde assiste. Sic Bart. *in l. si pupillus .7. §.1 ff. de tutelæ, & rat. dist.* per illum textum, & per alia iura, quæ adducit Decius .4. *part. consil.* 575. & reprobato Cabedo Phebus *decis.* 42. donde refiere la distincion con q̃ el Senado de Portugal difinio el caso: *Quod si absens esset* (ait) *in loco certo non daretur illi curator bonorum, sed si esset ignorantia de vita, aut de morte absentis, tunc citandus esset per ædicta.* Oponiase el texto *in. l.* 12. *tit.* 2. *p.* 3.

3 Pero Flores de Mena entiende esta ley *in addit. ad decis.* 15. *Antonij de Gama* con tres circunstancias, y por qualquiera de ellas es inaplicable a el caso presente. La primera es que hable en causas *parui præiudicij, ne expensa citationis superet principale interesse.* Y esta calidad bien contraria es a el pleyto, cuya cãtidad es tan grande, y la importancia no menos que el conseruar, o perder el Estado de Cardeñosa.

4 La segunda circunstancia es, *nisi quando non patet tutus accessus*, y por los mesmos autos consta quan facil y breuemẽte despachô la Requisitoria, y que en aquel tiempo la comunicacion en Lisboa era muy corriente, y que dentro de pocos dias estaua ya en Madrid la dicha Doña Ysabel.

5 La vltima circunstancia y verdadera inteligencia de la ley de la Partida es, *quòd loquitur de dando curatore bonis absentis prò derelicto apparentibus, quia nullus ea defendit.* Y en esto como notô muy bien *in. d. l.* 12 *glos.* 3. el señor Greg. Lopez, el dar Curador a los bienes de el absente lo introduxo la ley en su fauor. *Immo curator substantiæ dari debet, ne in medio pereat,* ait text. *in. l. muto. 6. in fin. ff. de tutel.* Y de aqui ponderaua yo las palabras de la ley de la Partida, ibi: *Porque an de quedar sus bienes desamparados.* Et rursùs: *Que dè, quien guarde en aquel pleyto los bienes de aquel a quien quiere demandar.* Y el mesmo texto pone por efecto de la cura de bienes el mouer acciones, y responder a ellas, ibi: *Puede demandar en juyzio, è responder, &c.* De suerte que este texto y todos sus concordantes permiten al absente, que se le dẽ Curador de bienes con las acciones

nes actiuas y passiuas: arg. *l. 3. ff. de curat. bon. dand.* y como acaba la ley 12. *Bien assi como los guardadores de los huerfanos lo pueden fazer sobre los bienes de aquellos que tienen en guarda.*

6 Todo esto, como diximos, es inaplicable al caso presente, en que no se constituyò Curador de bienes conforme à Derecho por la hazienda de el absente, *ne in medio pereat*, sino antes para acabarla y destruirla se le cria vn Defensor, no mas que para substanciar el pleyto, y venir al remate de los bienes. Y de passo se ofrece, q̃ aũ los lugares alegados por la mayor parte hablan en Curador de bienes que se nõbra a el absente verdadero deudor, mayor specialidad serà, si se pretende nombrar a el heredero de el deudor. Dixolo Gama *d. decis. 15.* negando que a el heredero de el Deudor se le pueda constituir Curador.

7 Et vltra Gamam altius petenda est ratio iuris, porque supuesto q̃ aunque se considere igualdad en deferir, *turbato mortalitatis ordine*, la herencia a el padre, o que en ella suceda el hijo *propter votum parentum & naturalem erga filios charitatem*: text. *in l. nam et si parentibus. 15. ff. de inoff. testam.* de qualquier modo la addicion, y aun la immistion tãbien en el suyo no se presume. *l. Iulianus, aliâs l. si pupillus. 42. in princip. l. necessarijs. 57. in princip. ff. de adquirẽ. hæred.* porque es cosa de hecho *l. pro hærede. 20. in princip. ff. eod.* que no se ajusta por presumpcion. *vulga. l. in bello. 12. §. facti. ff. de capt. & postlim. reuer.* Y assi para substanciar con el heredero de el absente necessariamente se le à de probar addicion o immistion siendo suyo, *arg. l. 1. C. si min ab hæred. se abstin.* Bart. Cast. Alex. Tiraq. & alijs per Franq. *decis. 60. & 80. p. 1.* & per Menochi. *de præsumpt. lib. 4. præs. 99. n. 4.* Por lo qual la Marquesa ajustandose a estos principios començò muy bien la diligencia, pidiendo que la heredera aceptasse, o repudiasse la herencia de su hijo: como pues sin acabar esta diligencia, y sin estar repudiada la herencia, se puede sustentar la sentencia de remate sustanciada con vn Defensor? siendo assi que por defecto de legitima citacion de remate *nec nomen sententiæ meretur*, cũ sine fundamento non subsistat ædificatũ. *cap. cum Paulus. 1. q. 1.* DD. *in l. 4. §. condemnatum. ff. de re judic.* cum vulg.

8 Pide pues la Marquesa, que se debuelua el pleyto para executar contra la heredera la sentencia de remate a que no fue citada, porq̃ solo se le notificò que aceptasse ò repudiasse, y porque declinô jurisdicion, se boluio la Requisitoria sin hazer la citacion: pues aunque por ser de derecho natural la citacion, contrauino a sus preceptos la Marquesa prosiguiendo el pleyto con tanto defecto, mucho mas le comete en pedir la execucion de sentencia semejante. Doctè Pereira *de man. Reg. 1. tom. cap. 9. n. 2.* ibi: *Vnde illud idem ius naturale, quod à princi-*

pio

pio offenditur; dum judex sine citatione processit, modò offenditur longè grauius, dum talis sententia exequitur.

Art. II. Que no ay instrumento exequible.

9 SOn nullos los autos, y siempre en ellos faltò fundamento para la via executiua por los. 29. qs. suponiendose que ay aqui dos instrumentos, el vno el de constitucion y promessa de Dote en que Doña Francisca le promete en Dote a el Marques todo lo que à de auer de las herencias de sus padres y hermanos, que parauan en poder de Don Antonio Manrrique. El Marques (constante ya el matrimonio) da recibo à Don Antonio de los dichos. 29. quentos que se componen de vn juro de tanta cantidad, de vn tributo de tanta, &c. y tambien ay bienes muebles en ciertos precios. Pero de la scritura no consta que huuiesse apreciadores, ni que los aprecios procediessen en todos estos bienes que principalmente hizierõ la Dote.

10 Esto supuesto, la defensa es, que aqui no ay instrumẽto exequible por dichos. 29. qs. porque el primero no lo puede ser, porque no contiene mas que la constitucion de la Dote, y en toda la escritura no se hallarà clausula alguna en que se paccionasse que auia de ser estimada la Dote. El segundo instrumento en que se funda la estimacion, fue hecho constante ya el matrimonio, y si à de causar venta (que es el efecto de la verdadera estimacion *in. l. quoties. 5. C. de jur. dot.*) por razon de el tiempo en que se hizo, hoc est, celebratis jam nuptijs, no pudo obrar este efecto, ad text. cum materia *in princip. instit. quibus alien. lic. vel non.* Y si de esto resvalàre, caerà en donacion, que etiam inter conjuges prohibita *l. 1. l. cùm hic status. 32. & tot. tit. ff. & C. de don. inter.* Porque constituida la Dote primero sin estimacion ni pacto de que la huuiesse de auer, la estimacion que se halla hecha despues cõstãte el matrimonio, si se tiene por venta, es prohibida, y si por donacion, tambien. D. Cobarr. *pract. cap. 28. n. 10. vers. vndecimo illud.*

11 Y de el mismo modo que constituida assi la Dote sin estimacion no auia razon de derecho para compeler a la Marquesa a q̃ estuuiesse por los valores contenidos en el recibo, porq̃ ni interuino en ellos, ni se hizieron en tiempo que pudiessen causar venta. Assi por el contrario no ha de querer que sea estimacion aquella a que no puede estar obligada, ni la condenàran a que estè y passe por ella. Por lo qual reprouando mal la limitacion de el interualo de tiempo conq̃ habla el señor Presidente, funda la mesma defensa el doctissimo Barbosa *in. l. æstimatis. 51. cũ seq. n. 25. ff. solut. matrim.* quibus mirè conuenit. D. Greg. Lopez *in. l. 16. per text. ibi. tit. 11. p. 4.* sic enim de æstimatione loquitur:

quitur: *Debet enim fieri iste contractus cum viro; & debent insimul consentire in æstimatione.* Y esto suponiendo con la ley de la Partida, que à de ser a el tiempo de la constitucion.

12 Por lo qual aquella palabra *& jure æstimatæ sunt,* de el texto *in.d.l. quoties.5.C.de jur.dot.* mira a el tiempo que se à de hazer la estimaciõ, y a que ambos coniuges conuengan en ella: y tambien a que à de cõstar de el instrumento que se hizo la estimacion por apreciadores nõbrados por las partes. El qual defecto solo bastò en el Senado de Mãtua por argumento de la *l.si merces.25.in princip.ff.locat.* a dar por nulla otra estimacion semejante a esta, apud Surd. *decis.114.* quem exornat Fontan. *de pact.nup.2.tom.claus.5.glos.8.p.13.n.53.* Y el caso es: *Quãdo dictum est, prout fuerunt æstimatæ, absque tamen nominatione certæ personæ, quæ æstimationẽ faceret.* En nuestro caso no solo no huuo estimadores, pero ni aun tiene estas palabras la scritura.

13 Pero cierto que el sacar aquella summa de los.29.qs.mas fue por ajustar su recibo Don Antonio, que para hazer estimacion de Dote. Pruebase de la mesma escritura, que casi toda ella se compone de juros, tributos y deudas. En aquellos solo dize: *Item vn juro o tributo de tanta cantidad.* En estas: *Tanta cantidad que debe fulano.* Con que necessariamente nos debiamos embaraçar en la disputa de muchas questiones que se tocan *in.l.Mæuia.49.ff.solut.matrim.* cuyas resoluciones son en fauor de esta parte. Pero en la principal, la verdadera inteligencia de este texto para componerle con otro *in.l.2.C.de oblig.& act.* es, que se à de dar el nomen (sea juro, tributo, o deuda) diziendo: *De tanta cãtidad en la mesma;* y de otro modo no causa venta. Sic Iacob. de Aren. Bald.& Alex. *in.dict.l.Mæuia.49.* saluo si antes precedio promessa de Dote de cantidad cierta: optimè Barbos. *in.d.l.æstimatis.51.nu.7.* vbi *num.10.* concilia los dos textos *in.l.promittendo.42.§.à debitore,ff.de jur.dot.*& *in.l.cùm vir vxori.53.ff.eod.* resoluiendo que el riesgo de la Dita corre por el marido si la estimacion se hizo a el tiempo de la constitucion de la Dote. *d.l.in promittendo.42.§.à debitore:* pero si constituida la Dote simplemente, despues constante ya el matrimonio se recibe el nomen, el riesgo es de la muger, porque por razon de el tiempo ya no puede causar venta la estimacion de el nomen *d.l.cũ vir.53*

14 Si la Dote no es estimada no solo no puede ser exequible por la cãtidad; imo resultarà de esto muchos efectos fauorables a el Marques, porque lo primero solo se le puede pedir lo que de essas Ditas cobrò su hermano, Ant.Fab. *defin.vlt.C.de rei vxor.act.* Lo segundo, el auer cobrado algunas no haze prueba ni cargo de las demas, Gratian. *disceptat.570.* Lo tercero en las prendas que de estas huuieren vendido marido y muger constante el matrimonio, no se le puede pedir a el

marido

marido el valor en que se estimaron, sino el precio en que ambos las vendieron, *spreta omnimodô priori æstimatione*. Paul. de Castr. *in d. l. æstimatis*. 51. Gutierr. *de iuram*. 1. *p. cap*. 1. *n*. 14. pendiendo todo esto de que por no tener los requisitos necessarios (vt diximus) esta estimacion o no lo fue, o no causa venta.

Art. III. Que està pagada la Dote.

15 DE el Memorial que se hizo para la relacion, se ajustan las partidas que à recebido la Marquesa, y por ellas discurriera mejor, si el intento fuera scribir ex professo; pero no à sido, sino sumar las defensas con la mesma precision de el informe de Estrados. Y prosiguiendo la de el segundo articulo, aun quando el instrumento fuera exequible, perdia esta calidad por hecho de la Marquesa. Quien enterado de estos autos, probanças è instrumentos de el pleyto podrà negar, que la Marquesa se quedò con los bienes de su marido? Està probado el alçamiento con inumerables testigos, y despues de visto este pleyto, en otro que entre las mesmas partes se sigue, hizo mas probança el Marques, que se ha presentado en el Acuerdo, por donde consta que despues de casada con el Marques de Valencina la Marquesa, posseìa los bienes, joyas y preseas de el primero marido, que dizen los testigos, deponiendo ser de mucho valor. De bienes de su Dote casò a vna sobrina suya. Y tābien se ha presentado en el Acuerdo vn papel que à costado mucha diligencia hallarle, y es vn finiquito en que la Marquesa se dà por entregada de todas las joyas, dineros vales, scrituras y demas bienes que auian entrado en poder de Don Alonso de la Estrella Administrador de los bienes de el Marques, y todo dize lo recibe por el derecho de su Dote. Y tiene vna calidad este instrumento, en que se manifiesta quanta verdad sea lo que alega el Marques, porque para obscurecer la cantidad de bienes, joyas, dineros, &c. que comprehendia el finiquito, añade la Marquesa, *Que aū que se à ajustado la quenta de dichos bienes, de conformidad se à rasgado*. Con esto concurre el dicho de Iuan Muñoz de Dueñas, y otros que en virtud de censuras declararon los muchos bienes que vieron en poder de la Marquesa despues de muerto el Marques.

16 Conque no se puede dudar que la Marquesa se quiso hazer pagada de su mano reteniendo los bienes de su marido. De que se infiere vna defensa juridica y muy fauorable a el Marques, scilicet, que cō su mesmo hecho la Marquesa à embaraçado la execucion de su Dote, aun quando por el instrumento pudiera sperar se introduxesse la via executiua. la razon es, porque aunque la compensacion à de ser de

canti-

cãtidad liquida. *Vulgat. l. fin. C. de compens.* melior text. *in l. unic. §. taceat. C. de rei vxor. act.* Pero quando la muger leuanta y oculta los bienes de el marido, primero se à de ajustar esto, que se le pague su dote *l. neque scriptura. 6. C. de compensat. l. 1. C. rerum amot.* que la antinomia de estos dos textos con el *§. taceat.* dixo Cino *in d. l. 6.* que auia turbado el spiritu de Acursio. Ipse tamen dà la solucion comunmẽte recebida, y distingue: Si la muger pide los bienes en specie de su Dote, estos no los puede retener el marido *ob mores, ob res donatas, vel amotas. d. §. taceat.* Pero si pidiere Dote en cantidad, justamente se le puede y debe oponer la mesma excepcion, y se à de ajustar primero lo que tiene en su poder. *d. l. 6. d. l. 1.* que explicò Bartulo mejor *in. l. rei judicatæ. 15 § 1 ff. solut. mat.* haziendo diferencia entre la retencion de las cosas Dotales, o la compensacion, que esta siempre se puede oponer por los herederos de el marido, *d. l. rei judic. 15. §. 1.* pero no debẽ retener los bienes specialmente Dotales. Sequuntur Bartolum omnes, & est cõmunis apud Barbos. *in. l. diuortio 8. §. ob donationes. n. 2. ff. solut. matrim.*

17 Y el mesmo Barbosa *ibid. n. 27.* ex Ripa *in. l. 1. §. quia autẽ. n. 4. ff. quot legator.* pone la limitacion de la *l. fin. C. de compens.* q̃ todas las vezes q̃ la compensacion es illiquida por hecho, dolo, o culpa de el Contrario, se tiene por liquida para poderse admitir contra la deuda *:nã tunc in eius odium considerabitur tamquã liquidũ.* Porq̃ no puede auer razõ para cobrar la Marquesa su Dote, sin cõpensar el valor de los bienes q̃ tiene en su poder, cuya liquidacion por causa suya no se haze, pues a no auerlos substraido, o exhibiendolos aora facil era el remate, o el aprecio. Y de hecho, q̃ aun constante el matrimonio, *Veritate furtum fit, etsi leniùs coercetur mulier.* text. *in. l. pen. ff. rer. amot.* no se puede conseguir el cobrar por justicia la Dote y de propria mano estar pagada con los bienes leuantados.

18 De lo dicho resultan dos proposiciones que en vna palabra assiẽta el Iurisconsulto *in. l. si cùm dos. 8 §. 1 ff. rer. amot.* en cuyo principio auia supuesto, que se podia compensar la accion rerum amotarum con la de la Dote, y luego de sentencia de Sabino ait: *Si mulier res quas amouerit, non redat, æstimari debere, quanti in litem vir jurasset,* Por manera que à de boluer los bienes la Marquesa, o se à de sujetar a el juramento in litem que està pedido, con que se liquidarà el valor de los bienes, cuya compensacion (vt dictum est ex Ripa & Barbosa) se ha de tener por liquida, pues facto, culpavè Actricis amota sunt.

19 Esto todo sirue para la ocultacion de bienes, que ademas de ellos ay partidas innumerables, que por el memorial se ajustan que o no se le deben cargar a el Marques, porque no entraron en poder de su hermano, y porque en otras tuuo mucha diminucion; o se deben descargar porque las à cobrado la Marquesa. Pero sin embargo haze ins

rancia, y pide que se debuelua el pleyto para executar la sentēcia de remate sustanciada con el Defensor. Y es de suponer, que casò prime ra vez, y pretende auer lleuado 80U. ducados de Dote, y dentro de diez y nueue meses de viudez boluio a casar, y lleuò otra tāta cātidad de dote, 60U. ducados efectiuos, y. 20U. que supuso le restarian debiē do los bienes de su primero marido. Et tamen contra èl pide aora q̄ se execute el apremio por todos. 80U. Y reconociendo tanta implicacion como esto tiene, en quanto a los primeros. 30U. ducados q̄ en la segunda Dote dize que auian quedado extantes de la primera, no dà salida, ni enesto ay duda. Enquāto a los otros. 30U. ducados de contado, dize que los grangeô estando viuda, y consta de el pleyto q̄ por estar pereciendo en el mesmo tiempo se le dauan alimentos prouisionales, y que confessaua que erā de ningun prouecho las cosechas, de que a ora dize sacò tanta summa. Ademas de que aun quando faltàra probança de la ocultacion, los 30U. ducados se debian presumir y estimar grangeados y adquiridos de el primero marido, ad text. cum materia *in. l. Quintus Mutius. 51 ff. de donat. inter.* & post plures Palacios rub. *in Rub. de donat. inter. §. 60.* Fōtanel. *de pact. nup. 2. tom. claus. 7. glos. 3. p. 15. ex num. 48.*

20 Iustamente pues pretendemos, que la sentencia (para cuya execucion se pide que el pleyto se debuelua) se dè por ninguna por el defeto notorio de la citacion, y que assi anullada la dicha sentencia, respecto de que el instrumento no es exequible, y que anullada la sentencia necessariamente queda reuocada la execucion, que ambas partes se ajusten, que separados los bienes Dotales que ay oy en ser, que son por lo menos los treynta mil ducados que se dize en la carta de dote del segundo matrimonio, se vea de q̄ es deudor el Marques; que esto se compēse con las partidas recebidas, y cō los bienes ocultados; defiriendo a su juramento el valor, y que tambien sea partida compensable los dos mil ducados de plata de renta, y seis mil ducados de plata por vna vez, que cobrò la *Marquesa*, pues auiendo de hazer de ellos merced su Mageſtad a la madre y hermano de el Marques, la hizo a la dicha Doña Francisca, porque manifestò a su Magestad, *Que auia lleuado a poder de el Marques ochenta mil ducados, y que todos los auia consumido en seruir a su Magestad, en cuya consideracion le suplicò le hiziesse merced con que pudiesse passar el resto de su vida*, como se contiene en la suplicacion y memorial de la merced, la qual so le concedio *por los seruicios del Marques, y atendiendo a que quedaua indotada*, y assi la renta (muerta la Marquesa passa a la madre, y hermano del difunto. Hæc ergò donatio imputanda mulieri. *l. sed si plures 10. §. in adrogato. ff. de vulg.* Palacios rub. *in Rub. de donat. inter. §. 45.* Barbos. *in l. quæ dotis 34. num. 24. ff. sol. mat.* pues no à de querer cobrar por entero, sin baxar lo que vale la merced que con pretexto de que el marido le auia consumido la dote, quitó a su suegra y cuñado.

Hæc breuissime digesta negotium spondent. Salvo el doctissimo sentir de V. S. Hispali die 16. Nouemb. Anno 1647.

Lic. Don Francisco Ortiz